DA ILEGAL COLHEITA DE PROVA PELO JUIZO

ILLEGAL HARVEST OF PROOF BY JUDGEMENT

SILVA JÚNIOR, Nelmon J.[1]

RESUMO: Sobre a impossibilidade do magistrado produzir provas.
PALAVRAS-CHAVE: Art. 156 CPP. Produção. Provas.

ABSTRACT: On the impossibility of the jusgement produce evidence.
KEYWORDS: Article 156 CPP. Produce. Evidence.

Parece-me crível que aos integrantes do Poder Judiciário é vedada a delegação de seus poderes, inclusive por afronto aos elementares princípios de direito administrativo, e especialmente por agressão aos princípios constitucionais. Posto isso, passo à discussão do preceito posto pelo art. 156, segunda parte, do Código de Processo Penal, que versa sobre a possibilidade do Magistrado produzir provas, o que ao meu ver, é indiscutivelmente inconstitucional.

A Carta Política datada de 05 de outubro de 1988, em seu art. 129, I[2], estabelece privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública. Sendo o Ministério Público *litis domini*, não pode o Magistrado participar da colheita da prova, ao império do preceito posto pelo art. 252, II, do Código de Processo Penal[3], sob pena de nulo o ato, por suspeito o magistrado.

---

1. **CIENTISTA E ESTUDIOSO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL - CV Lattes:** http://lattes.cnpq.br/7382506870445908
1.MANTENEDOR DOS BLOGS CIENTÍFICOS:
http://ensaiosjuridicos.wordpress.com - http://propriedadeindustriallivre.wordpress.com
2. CIENTISTA COLABORADOR: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Portal de e-governo) http://www.egov.ufsc.br/portal/ - Glocal University Network http://www.glocaluniversitynetwork.eu/ (ITA)
3. MEMBRO: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA (AL); Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC; Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM; Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – APACRIMI; International Criminal Law – ICL (EUA); National Association of Criminal Defense Lawyers (EUA).
4. MEMBRO FUNDADOR: Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artifícios do Paraná/PR; e AINCOFAPAR (Conselheiro Jurídico), Associação Bragantina de Poetas e Escritores
5. COLABORADOR DAS SEGUINTES MÍDIAS: www.arcos.org.br - www.conteudojuridico.com.br - http://artigocientifico.uol.com.br - http://www.academia.edu/ - http://pt.scribd.com/ - http://www.academicoo.com/
6. AUTOR DOS SEGUINTES LIVROS CIENTÍFICOS: Fogos de Artifício e a Lei Penal; Coletâneas; e Propriedade Intelectual Livre.
7. AUTOR DOS SEGUINTES LIVROS LITERÁRIOS: Nofretete, Copo Trincado, e Valhala.
2. BRASIL. **Constituição Federal** - Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei – disponível em *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*. Data da consulta 27.04.2013.

Claro que se determinado magistrado participa da colheita da prova, deixa de ser supra-parte, assumindo papel de parte no processo, o que por óbvio é ilegal, além de gerar a uma das partes (defesa) o indesejado desequilíbrio no processo, vez que em inconteste afronto aos sagrados Princípios da Igualdade/Paridade de Armas e da Ampla Defesa.

Desde a promulgação de nossa ulterior Carta Política, inúmeras garantias fundamentais, acabaram por tacitamente revogar preceitos legais, à exemplo do questionado art. 156, segunda parte, CF/88. Assim também entendeu o e. Superior Tribunal de Justiça - desde há muito - como no exemplo do julgamento do RHC 4.769 – PR – 6a Turma (j. 07.11.95 – RT 733/530), rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, malgrado, naquela ocasião, o e. Supremo Tribunal Federal não tenha se sensibilizado totalmente com a tese (HABEAS CORPUS n. 68.784, 1a Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.3.93, p. 5.003).

Brilhante é a doutrina de Adauto Suannes[4]: *"Bem vistas as coisas, quem tem necessidade do processo, porque tem um interesse pessoal ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa legítimo, não se concretize. É o Estado-administração que está questionando e pondo em perigo esta pretensão à liberdade. Logo, há que se encarar o processo como actum trium personam, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade*."

Portanto - nesta ulterior análise - faço minha as palavras de Amilton Bueno de Carvalho[5]: *o legislador através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência. Se a função do Juiz é buscar a vontade do*

3 BRASIL. **Código de Processo Penal -p** Art. 252 - O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha - disponível em http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp251a256.htm. Data da consulta 27.04.2013.

4. Os Fundamentos Éticos do devido Processo Penal - **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 139.

5 A Lei. O Juiz. O Justo. Texto disponível em http://pt.scribd.com/doc/51492561/A-LEI-O-JUIZ-O-JUSTO-Amilton-Bueno-de-Carvalho. Data da consulta: 27.04.2013.

legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente.O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer ‘um papel tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer ‘um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça.